

De conformidad con el dictamen del señor Fiscal: mi voto es por la no nulidad del auto que declara fundada la excepción deducida por el demandado.

Granda.

Se publicó conforme a ley.

Agustín M. Escudero.

Cuaderno N° 393.—Año 1925.

Tachadas de falsas y nulas las partidas presentadas por los hijos naturales reconocidos que pretenden suceder a su padre en concurrencia con el padre legítimo de éste, procede la sumaria declaratoria de herederos a favor del último; pudiendo los primeros dilucidar su derecho en la vía ordinaria.

Recurso de nulidad interpuesto por don José Lucas Oyague en la causa que sigue con doña Luisa Z. Mendoza sobre declaratoria de herederos.—Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Habiendo fallecido en esta capital, don José Vicente Oyague y Noel el 16 de Mayo de 1924,

según lo acredita la partida de defunción que se acompaña a fs. 1, y no habiendo tampoco otorgado testamento, como lo denuncia don José Lucas Oyague, legítimo padre del extinto a fs. 2; el mismo recurrente solicita que a la vez que se declaren comprobados esos hechos se le tenga como sucesor en las acciones, bienes y derechos de su mencionado hijo premuerto. En suma, se promueve el correspondiente expediente para la declaración de herederos de Oyague y Noel. Una vez admitida la denuncia de que se hace referencia, se presenta doña Luisa Zoraida Mendoza y Guerra, acompañando las partidas de nacimiento de fs. 4 y fs. 5, por las que se constata el hecho de ser madre de los menores nombrados: Augusto Ricardo y José Vicente Oyague, respecto de quienes sostiene ser hijos naturales y reconocidos del citado don José Vicente Oyague y Noel, pidiendo también que se les tenga como partícipes de la herencia del último en concurrencia con el padre, a tenor de lo que dispone el artículo 892, inciso 2º, del Código Civil.

Impuesto de esta petición la persona del padre de Oyague y Noel; hace serias observaciones en contra del valor de dichas partidas, tachándolas de falsas y nu'as como se ve de los términos del escrito de fs. 10.—Esas tachas aparecen reforzadas en virtud del informe certificado presentado a fs. 36 donde se narran hechos extraños en cuanto a actos practicados en el original del libro parroquial donde se extendieron las partidas de bautismo, de los referidos menores.

Concretando la opinión que el fiscal debe emitir, a mérito del recurso de nulidad, que por parte del padre del extinto, se hace valer contra el auto superior de fs. 46, en cuanto revoca los autos de fs. 25 v. y fs. 27 v. y declara como here-

deros de don Vicente Oyague y Noel, a los menores Augusto Ricardo y José Vicente Oyague y Mendoza, en concurrencia con don José Lucas Oyague, padre del intestado; resumiendo lo hasta aquí expuesto, se pronuncia abiertamente en el sentido de la nulidad de la resolución recurrida aceptando de las revocadas, únicamente lo que concierne al llamamiento del padre sobreviviente al goce de la herencia abintestato de don José Vicente Oyague y Noel, debiéndose dejar a la madre de los menores, que se presentan como hijos naturales reconocidos de éste, su derecho a salvo para que lo ventile en la vía ordinaria, si así viere convenirle, de acuerdo sobre el particular con lo que en su parte final estatuye el artículo 1218 del Código de Procedimientos Civiles.

En su concepto, son obvias las razones que para opinar así, militan en el caso actual. Pues los instrumentos en que el padre sobreviviente apoya su derecho a la herencia del intestado, son de valor incontrastable y tanto que absolutamente se han objetado en el curso del expediente. Esos instrumentos son: la partida de nacimiento de fs. 23 correspondiente al extinto y la de matrimonio de sus padres que en copia obra a fs. 16 v. Entonces no existe razón alguna que justifique la omisión en que se ha incurrido por el Tribunal Revisor, al no hacer la declaración respectiva, llamando desde luego al goce de la herencia, al legítimo padre del intestado.

No puede pasar lo mismo con el derecho que pretende la madre de los mencionados menores; porque los títulos exhibidos para comprobarlo, están seriamente tachados, hasta el punto de haberse puesto en duda su autenticidad. Luego la lógica exige, que ese pretendido derecho de

coparticipación de los hijos a la herencia *ab intestato* de que se trata, se deje para ser ventilada, en la vía ordinaria, donde las partes tienen vasto campo para alegar los fundamentos jurídicos que favorezcan sus pretensiones, y sobre todo para producir, con amplitud, las pruebas que crean conducentes a robustecer los hechos en que se fundan las tachas opuestas a las partidas bautismales—o a la inversa—las que tiendan a destruirlos a fin de dejar esos títulos depurados de los vicios que se le oponen. Principio fundamental de derecho, es que habiendo hechos alegados por uno de los litigantes y negados por el otro; la prueba para esclarecer la verdad es trámite esencial, del que no puede prescindirse, sin contravenir a esos principios e incurrirse en palmaria nulidad.

Además, no debe perderse de vista, la circunstancia en que hace hincapié la parte de don José Lucas Oyague, llamando la atención acerca del hecho cierto de no haber la madre de los menores Ricardo y José Vicente Oyague y Mendoza, apelado del auto de primera instancia, dictado a fojas veinticinco vuelta, por el que se manda que, tanto el derecho de esa parte como el de la del padre, sean remitidas para la declaración del caso, a la vía ordinaria; lo cual puede muy bien traducirse como un consentimiento tácito de la madre de los citados menores, a la aludida resolución. Lo que no es aplicable al interés del padre del intestado; desde que él sí apeló de aquella resolución, habiendo sido revocada por la superior de vista, que es nada menos que el origen del actual recurso de nulidad.

No hay para que ocuparse de la declaración del hecho, de haber fallecido, Oyague y Noel, sin otorgar testamento; supuesto que acerca de esto están todos de acuerdo.

En consecuencia, el Fiscal opina que hay nulidad en la parte del fallo recurrido de fs. 46, o sea aquella por la que revocándose los autos apelados de fs. 25 y 24 vuelta, se declara como tales herederos del intestado, don J. V. Oyague y Noel, a los menores Augusto Ricardo y José Vicente Oyague y Mendoza, en concurrencia con el padre, don Jose Lucas Oyague; y reformándolo en esa parte, resolver que se tenga como heredero del intestado a su padre legítimo, el nombrado don José L. Oyague, a quien se mandará dar posesión de los bienes de aquel conforme al inventario practicado; quedando el derecho de la madre de dichos menores expedito para controvertirse en la vía ordinaria, si así viere convenirle. En tal sentido puede pronunciarse la Suprema Corte; salvo parecer contrario.

Lima, 9 de Julio de 1925.

GADEA.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 30 de Setiembre de 1925.

Vistos; en discordia concordada por lo que se hace innecesaria la intervención del señor Vocal dirimente; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal cuyos fundamentos se reproducen; declararon haber nulidad en el fallo de vista de fojas cuarenta y seis, su fecha once de mayo último, reformándolo y revocando el de primera instancia de fojas veinticinco vuelta, su fecha

veintitres de diciembre anterior, y su ampliatorio de fojas veintisiete vuelta, su fecha siete de enero del presente año: declararon como heredero del intestado don J. Vicente Oyague y Noel, a su padre don José Lucas Oyague; sin costas; y los devolvieron.

Pérez.—Romero.—Quiroga.—Robles.

Teniendo en consideración.—Primero: que en el procedimiento no contencioso de declaración de herederos prescribe el artículo 1218 del Código de Procedimientos Civiles, que se decidirá que son herederos quienes hayan acreditado su derecho con prueba instrumental, o se resolverá que esa declaración debe hacerse en la vía ordinaria. Segundo: que corolario de lo expuesto es que si varios pretendientes alegan títulos para suceder abintestato a una persona, debe declararse herederos a los que hayan acompañado documentos que patenten su aspiración; y que a la vez corresponde mandar que se reserve para la vía ordinaria la dilucidación de los derechos de los que han presentado instrumentos impugnados y desvirtuados, en ejercicio de la facultad que sobre el particular concede a los otros interesados, en el mismo procedimiento sumario, el artículo 1216 del propio Código. Tercero: que los intereses de los que van a ventilar su acción en el juicio ordinario, se hallan asegurados con la fianza estatuida en el artículo 1222 del cuerpo de leyes citado. Cuarto: que el certificado de la partida de bautismo fs. 4 del menor Ricardo, carece de eficacia; porque el reconocimiento que se hizo al márgen, no fué autorizado por el párroco respectivo, cuando se practicó el acto, sino con fecha muy posterior, cuando yá no ejercía las funciones de tal, cometiendo la grave

irregularidad que se denuncia en el oficio de fs. Quinto: que el certificado de fs. 5 de la partida también de bautizo del otro menor, José Vicente, mantiene su valor legal, una vez que ha sido suscrita por don Vicente Oyague y Noel cuyo nombre se expresa en el contenido del instrumento, indicándose que es padre del niño a quien el sacramento se aplica, no siendo circunstancia que enerve aquel valor, el haber sido suscrita además por diversos testigos, fuera de los que figuran en el cuerpo de la partida. Por otra parte nada se dice de ésta en el recordado oficio de denuncia de fs. Sexto: que con las partidas de fs. 23 y fs. 17 está comprobado que don José Lucas Oyague fué padre legítimo del que falleció intestado; y Sétimo: que por el mérito de los documentos puntualizados en los dos fundamentos precedentes, son herederos legales del finado, por iguales partes, su padre legítimo don José Lucas Oyague, y su hijo natural reconocido.

Por estas razones: mi voto es porque se decida que hay nulidad en el fallo de vista, en cuanto revocando el de primera instancia declara que es heredero de don José Vicente Oyague y Noel el menor Ricardo, y reformándolo en esta parte se mande y se ventile en la vía ordinaria el derecho de ese menor; y que no hay nulidad en la parte, que es también materia del recurso y en que declara que uno de los herederos del finado es el menor José Vicente Oyague.

Mercado.

Se publicó conforme a ley.

Agustín M. Escudero.

Cuaderno N° 349.—Año 1925.